

**Bertrand Faure, AJDA 1998 p.547, extraits**

### **La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel**

On ne peut aborder une réflexion sur les sources normatives en droit public français sans s'immerger dans les études déjà consacrées à ce sujet. Et les entreprises doctrinales qui ont traité des conditions de dévolution du pouvoir normatif dans notre Etat ne font pas défaut. Mais, prises globalement, elles laissent une impression paradoxale.

Si l'on se place du côté du droit administratif, on devine une dispersion de la réglementation dans l'Etat et, face au développement incessant de la production réglementaire, on constate les difficultés de fonctionnement propres à l'administration et l'impossible efficacité des politiques de déréglementation(1). La jurisprudence administrative parvenant mal de surcroît à contenir dans de strictes limites la propagation de la réglementation. Mais est-il possible de s'écarter de ce mouvement dans un Etat qui se veut tour à tour « providence », puis « régulateur » ?(2).

Si l'on se place du côté du droit constitutionnel, on réclame, au nom de l'Etat de droit, un développement des normes par le haut (domaine réservé de la loi lorsque les droits et libertés sont en jeu, recensement des sources à partir de la Constitution, débat sur la supraconstitutionnalité) et, corrélativement, on doute de l'aptitude des autorités administratives secondaires à exercer l'une des fonctions les plus éminentes de la puissance publique, celle d'édicter des normes générales, que l'Acte fondamental recentre au niveau du Parlement et du gouvernement. On ne voit désignées par la Constitution que deux autorités réglementaires à l'exclusion de toute autre : le Premier ministre et le président de la République(3).

Sur ce point, la continuité du droit administratif et du droit constitutionnel n'est pas faite, chacun des deux droits laissant ressortir sa personnalité. C'est même un constat de crise qui a été dressé à l'égard du pouvoir réglementaire. La crise tient dans l'idée que le pouvoir réglementaire s'éloigne du centre, la loi puis le décret n'étant plus à la hauteur des objectifs nouveaux de l'interventionnisme public dont la maîtrise réglementaire est rabattue, par la force des choses, sur les administrations d'exécution.

Pourtant, soulevé dans les années soixante-dix, ce constat de crise n'est que plus évident aujourd'hui où l'on observe simultanément une perfection de la constitutionnalisation du droit public et une dispersion des autorités administratives secondaires (promotion des collectivités locales depuis 1982, déconcentration, démembrements de l'administration en personnes privées-relais, superposition d'administrations nouvelles : autorités administratives indépendantes et la toute récente Banque de France(4)).

Cette contradiction avait eu l'occasion de s'exprimer avant que le Conseil constitutionnel ne se prononce à propos des autorités administratives indépendantes(5). Une doctrine s'était alors emparée de l'article 21 de la Constitution pour l'interpréter comme une réserve exclusive de compétence réglementaire, qui interdirait à toute autre autorité administrative de recevoir une telle compétence, fût-ce par la volonté du législateur lui-même. Le législateur ne saurait, en effet, imposer son intervention avec une force égale à la Constitution. Sous la Cinquième République, la loi exprime moins la volonté générale qu'une compétence conditionnée confiée par le Texte fondamental, elle ne peut donc « désétatiser » le pouvoir réglementaire en en confiant l'exercice à un organisme indépendant du pouvoir exécutif sans ignorer l'article 21(6). Voici que, au nom de la constitutionnalisation du droit, une police doctrinale s'était installée mettant en demeure chaque autorité réglementaire d'établir son droit à l'existence.

Il apparaît donc difficile, entre les deux pôles de l'efficacité administrative et de la cohérence constitutionnelle, de réduire l'explication à l'unité. Toutefois, il ne s'agit pas ici de tenter d'ajouter un regard aux regards déjà portés sur le pouvoir réglementaire, mais plutôt, suivant fidèlement la problématique posée dans le numéro de la revue Droits consacré aux « crises dans le droit », de vérifier comment on regarde le pouvoir réglementaire. Car, comme cela y a été suggéré, les constats de crise, si fréquents dans notre droit, tiennent moins d'une dérégulation de l'objet observé que de l'inadaptation du discours porté sur lui(7). Autrement dit, ce n'est pas le pouvoir réglementaire qui est en crise, mais le discours sur le pouvoir réglementaire.

L'hypothèse est donc que la crise vient d'un attachement trop formel à l'ordre juridique décrit comme un modèle exclusif, autocréateur. De telle manière que cette dogmatique de la production du droit établit le pouvoir réglementaire en référence à l'ordre lui-même, en supprimant la référence aux activités, aux besoins, et le révèle plus encore par ses manques que par son existence. En bref, le pouvoir réglementaire pose davantage le problème de la création originaire du droit que celui de la création du droit par l'ordre juridique.

Partons d'abord des manifestations apparentes de cette crise du pouvoir réglementaire telles qu'elles sont classiquement décrites. Les symptômes sont connus : ils donnent le rôle fondamental à la théorie des pouvoirs implicites et à la tolérance du juge administratif. Nous nous arrêterons ensuite sur leurs implications dans notre système de production du droit.

### La théorie des pouvoirs implicites

A l'origine, la tradition voulait qu'il n'existe pas de règlement sans l'investiture préalable d'un texte l'ayant formellement prévu. Cette exigence est naturelle à l'élaboration d'un Etat de droit et à la supériorité de la loi. Elle est tout à la fois indispensable à l'organisation pyramidale du système administratif et à la spécialité de chacune des administrations subordonnées à la compétence générale du gouvernement. Pourtant cette vision classique du pouvoir réglementaire ne correspond plus à la réalité concrète : sans disparaître, les liens entre la loi et le règlement se sont distendus conduisant au renforcement continu des pouvoirs d'application, à leur discrétionnalisation, à la propagation des pouvoirs implicitement reconnus.

Ce sont le gouvernement et le chef de l'Etat qui ont les premiers bénéficié de cet élargissement de la notion d'exécution d'une loi « bien au-delà de son sens grammatical(8) ». Depuis le début du siècle, on constate, en effet, l'inclination du Conseil d'Etat à interpréter largement les habilitations faites au gouvernement. On se souvient de la compétence pour régler l'installation et l'extension des stations-service sur la base d'une vieille loi de 1928 qui n'invitait le gouvernement qu'à contrôler les importations de produits pétroliers dans l'intérêt de la Défense nationale (CE 19 juin 1964, Sté des pétroles Shell-Berre, Lebon p. 345). Cette autonomie dans l'exécution donne un « pouvoir d'initiative » de nature à engendrer une confusion des genres, à tout le moins des différences de degrés et non plus de nature, entre les pouvoirs réglementaires d'exécution stricte d'une loi, d'exécution spontanée d'une loi (complément volontaire) et autonome (CE 28 juin 1918, Heyriès, Lebon p. 651 ; CE 8 août 1919, Labonne, Lebon p. 737).

Pour les collectivités décentralisées, l'interventionnisme économique de la puissance publique constitue également le lieu privilégié de ces progressions du pouvoir. La jurisprudence innombrable et toujours bien vivante(9) sur le « socialisme municipal » peut être donnée en exemple : les communes se parent de l'autorité de la loi pour développer, en complément d'une activité principale, des services publics annexes parfois purement commerciaux. On songe notamment à la création d'une station-service en vue de rentabiliser un parc municipal de stationnement (CE 18 décembre 1959, Delansorme, D. 1960, p. 371, note M. Lesage) ou à la construction d'une piscine en application d'une loi sur les installations nécessaires à l'enseignement du premier degré (CE 23 juin 1972, Sté La Plage de La Forêt, RDP 1972, p. 1259, concl. F. Bernard ; AJDA 1972, p. 462)(10).

Georges Vedel a montré qu'au-delà de l'exécution de chaque loi, « article par article, paragraphe par paragraphe », il existait une notion d'exécution au sens large comportant le maintien de l'ordre public et le fonctionnement régulier des services publics, qui donnent au droit administratif ses bases constitutionnelles, théoriques aujourd'hui.

« Indépendamment même des prescriptions formelles du législateur(11) », il est acquis que le gouvernement dispose d'une investiture générale pour prendre toutes les mesures nécessaires à la vie nationale, finalement sous la seule réserve d'agir dans l'intérêt général. Il ne s'agit plus d'un pouvoir réglementaire d'exécution à proprement parler, mais d'un pouvoir réglementaire « pour » l'exécution des lois mettant en oeuvre un pouvoir propre.

Les mêmes préoccupations ont conduit la jurisprudence à reconnaître aux ministres, puis à l'ensemble des chefs de service, des facultés propres d'organisation et de fonctionnement de leur service pour assurer toute l'exécution utile des lois qui ont institué ces services (CE 7 février 1936, Jamart, Lebon p. 172 ; CE 7 juillet 1950, Dehaene, Lebon p. 426 ; CE 9 juillet 1965, Pouzenc, Lebon p. 421 ; CE 13 février 1985, Syndicat communautaire pour l'agglomération nouvelle de Cergy- Pontoise, Lebon p. 37, pour les collectivités locales).

D'autres extensions de compétence de l'administration résultent de l'aptitude à édicter « toutes les mesures nécessaires à l'application d'une loi », de l'inadaptation d'une loi à des situations particulières.

Un autre élément de crise réside dans l'accélération de la production réglementaire du gouvernement dans le dessein de compléter en détail la loi au détriment des marges de manoeuvre de l'autorité réelle d'application. C'est nettement le cas en droit des collectivités locales. En investissant largement le gouvernement du pouvoir de « déterminer, en tant que de besoin, les conditions d'application de la loi » (art. 140 de la loi du 26 janvier 1984 sur le statut de la fonction publique territoriale, art. 135 de la loi ATR du 6 février 1992, etc.), le législateur ne limite pas vraiment ses possibilités réglementaires. Il abandonne donc fatalement la part résiduelle d'autonomie d'application des autorités décentralisées à la volonté du gouvernement dans un domaine pourtant couvert par le principe constitutionnel de libre administration. On a vu, en matière indemnitaire dans la fonction publique territoriale, l'arrêté ministériel du 6 septembre 1991 valablement opérer les comparaisons avec les agents de l'Etat, cadre d'emplois par cadre d'emplois, pour attribuer les primes, alors que ce travail de comparaison aurait pu être exercé moins autoritairement par les collectivités employeur sous le contrôle du juge administratif(12). L'inflation normative procède aussi de la concurrence des pouvoirs réglementaires dans la volonté de résorber les lacunes de la loi tout en maintenant à l'échelon central « le dynamisme d'adaptation du droit(13) ».

La théorie des pouvoirs implicites permet ainsi de régler une question au-delà des strictes limites de la loi d'habilitation. Ce faisant, elle autorise le pouvoir réglementaire à vivre à la marge des règles d'habilitation et aboutit finalement à un développement parasitaire du droit. Sans être indifférentes à la théorie des pouvoirs implicites, les nouveautés constitutionnelles de 1958 ne l'ont pas récusée, mais simplement cantonnée à l'extérieur du domaine législatif par la sanction des innovations atteignant les droits des administrés(14). Et encore, le droit positif ne parvient pas à une séparation stricte des domaines législatif et réglementaire en raison du refus maintenu du juge administratif de contrôler la constitutionnalité des habilitations légales, même lorsque les libertés sont en jeu. Les extensions implicites de compétence peuvent donc toujours prospérer autant qu'elles sont utiles à la loi(15).

A des degrés très divers, la théorie des pouvoirs implicites imprègne tout le droit organique de l'administration et vivifie le pouvoir d'exécution des lois. Si, d'aventure, le juge administratif décidait d'exclure en bloc ces manifestations spontanées d'autorité, à coup sûr le fonctionnement de l'administration en deviendrait impossible. Les pouvoirs implicites sont une « prothèse » nécessaire au bon fonctionnement de l'administration(16). Et s'il ne faut pas exagérer les illustrations jurisprudentielles manifestes de la notion de pouvoirs implicites, celle-ci n'en est pas moins « sous-jacente à l'ensemble de la jurisprudence(17) ».

Il ne s'agit toutefois pas de s'arrêter aux manifestations immédiates de la jurisprudence sur les pouvoirs implicites. En effet, cette jurisprudence semble de manière plus considérable jouer le rôle d'un dévoilement, d'une mise à nu du système de production normative et justifie qu'on l'étudie.

### Le pluralisme institutionnel

Cette jurisprudence fait ressortir que le dispositif d'application dépasse la consistance du dispositif d'habilitation. Le travail d'application fait naître quelque chose de nouveau qui s'ajoute à l'ordre juridique. Tout se passe comme si l'autorité se voyait reconnaître, au-delà de sa compétence d'application, une capacité de création.

Mais de quel état de fait procède ce supplément de droit ?

Si cette réglementation d'accompagnement n'est plus la concrétisation pure et simple de la loi d'habilitation, elle trouve son véritable fondement dans l'institution d'application elle-même et sa mission. Le juge a une formule stéréotypée : l'administration « n'a fait qu'user des pouvoirs dont elle dispose en vue d'un objet conforme à sa mission ». On voit bien que la légalité s'apprécie moins par un respect rigoureux des règles de compétence que par la réalisation d'un objectif général qui l'englobe.

On objectera que ce pouvoir d'innovation peut mieux servir les intentions du législateur. La meilleure application est celle qui dégage toutes les conséquences utiles de la loi. Un souci de bonne exécution motiverait alors la tolérance du juge. Mais, quand bien même le règlement reste exécutif dans sa finalité, il faut convenir qu'il tend à perdre ce caractère dans son origine qui devient l'institution d'application. C'est pourquoi l'explication par l'interprétation (du texte d'habilitation) paraît trop étriquée. Il y a création : le « texte » offre un « prétexte » pour un droit nouveau comblant une lacune juridique de sorte qu'il n'en est plus tout à fait ni la source formelle ni la source matérielle. L'institution d'application peut alors utiliser la source formelle à ses préoccupations spécifiques, à nourrir son existence propre (jurisprudence sur le socialisme municipal).

Peut-on parler de pouvoir d'origine jurisprudentielle ? A vrai dire, le juge constate plus qu'il ne crée de tels pouvoirs qui sont en réalité secrétés par l'institution pour les besoins de sa mission. La chose jugée n'en est qu'au maximum la source formelle ; au maximum, car on ne sait pas dire si ce droit trouve sa validité avant la reconnaissance du juge ou par la reconnaissance du juge.

Et puis, à côté des pouvoirs implicites, la crise du pouvoir réglementaire se manifeste par d'autres symptômes comme la multiplication des compétences réglementaires nouvelles (jurisprudence constitutionnelle sur les autorités administratives indépendantes) et la progression des compétences discrétionnaires - excepté en matière de libertés - qui peuvent s'analyser comme une anticipation de la nécessité d'admettre tous les pouvoirs utiles à une mission. On se limite alors à définir une compétence par le but à atteindre en abandonnant les marges d'initiative et d'appréciation à l'autorité d'application. Les lois de décentralisation depuis 1982 en ont donné de nombreuses illustrations(18). Le tout scelle cette crise dans un phénomène général d'élargissement des sources formelles du droit administratif.